Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IV.

Ueber den Eigenthumserwerb am Schatze.

Von Herrn Ch. Gimmerthal,
Kreisgerichts-Sekretär in Arnstadt.

Man hat bis auf den heutigen Tag in Bezug auf den Erwerbsmodus des dominus fundi so juristisch unhaltbare Ansichten vertreten, daß man nicht weiß, ob man sich mehr über diese so allgemeine Verkennung des höhern Principes, oder über die Hartnäckigkeit wundern soll, mit der man falsche althergebrachte Ansichten auch dann noch in einer neuen Form festzuhalten versuchte, als die Doctrin den richtigen [1]) wenn auch noch lange nicht geebneten Weg einzuschlagen begonnen hatte.

Diese Verkennung des äußern Erwerbsmodus hat unserer Ansicht nach in der nicht gehörigen Würdigung des innern Rechtsgrundes und in dem gleichzeitigen Zusammenfallen der das Recht erzeugenden Thatsache mit dem Erwerbe ihre Ursache.

I. Innerer Rechts- und Erwerbsgrund.

Im Allgemeinen gibt allerdings das Finden einer res nullius den Rechtsgrund für ihren Erwerb ab und auch der Schatz in specie wird unter diesem Gesichtspunkte betrachtet, wie dies Paulus in l. 31 §. 1 D. 41, 1: „sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit“ ausdrücklich bekundet.

Allein gerade die Einreihung des Schatzes in die Kategorie der res nullius beruhet offenbar auf keineswegs streng [2]) ju-

1) Koch, Commentar zum preuß. Landrecht, 1. Theil, S. 528.

2) In streng juristischer Auffassung kann man „herrenlos“ sicher doch nur diejenige Sache nennen, die entweder noch niemals im Besitze war, oder die der Besitzer ausdrücklich oder stillschweigend aufgegeben hat. Dagegen wird beim Schatze der letzte Eigenthümer resp. bis zu seinem

ristischen Erwägungen; die Motivirung des Paulus ist unzureichend, da sie die Rechte des dominus fundi vollständig ignorirt, sie widerspricht der positiven Gesetzgebung geradezu, da in keinem Stadium des römischen Rechts bis auf die kurze Regierungszeit der Kaiser Carus und Carinus (282—284 n. Chr.) der in locis privatis alienis gefundene Schatz dem Finder allein gehört hat, und enthält somit nur eine etwas vage und allgemeine Abstraction ex naturali ratione — Paulus allein von allen classischen Juristen unterscheidet zwischen naturalis ratio und naturalis aequitas —, welche durch die eigenthümlichen Anschauungen des Civilrechts einen individualisirteren Character angenommen und eine mit den Lebensverhältnissen und den Gesichtspunkten der aequitas und Opportunität in bessern Einklang gebrachte Umbildung erfahren hat.

In den Quellen selbst steht auch Paulus mit seiner Ansicht allein da; Gaius II. §. 66—80 erwähnt bei Betrachtung der einzelnen wichtigeren res nullius des Schatzes nicht, ebensowenig Justinian. Der letztere scheint ihn nach der Stellung, die er ihm in seinem Institutionensystem angewiesen hat, entweder als fructus fundi, oder als ein Ding eigener Art zu betrachten.

Die Ansicht nun, welche die Rechte beider Interessenten (des dominus fundi und des inventor) versöhnt, den Conflict des positiven Rechts mit der Wissenschaft beseitigt und jedenfalls zu praktisch richtigeren Consequenzen führt, als diejenigen sind, welche sich aus der bisherigen Theorie ergeben, wird auf positiver Grundlage in folgendem aufgestellt.

Das justinianische[3]) Recht über den Schatzerwerb erscheint

Tode weder corpus, noch animus possidendi aufgegeben oder verloren haben, folglich muß das jus an den vergrabenen Sachen auf seinen Universalsuccessor übergehen, und da dieser und resp. dessen Successoren nicht mehr ermittelt werden können, müßte eigentlich bei juristischer Consequenz der Schatz nicht nach der alten usucapio pro herede dem ersten Occupanten, sondern nach Analogie der bona vacantia dem Fiscus zuzusprechen sein; denn erblose Güter sind für gewöhnlich wohl nichts weiter, als solche, zu denen der Erbe nicht ermittelt werden kann.

3) Die historische Entwickelung der Lehre über den Schatzerwerb gibt Köchy, civilistische Erörterungen, 1. Samml. S. 168 f. und Schwach

in seinen Aussprüchen als ein Reflex der abstracten Ansicht, daß der Schatz als ein donum fortunae zu betrachten sei, und daß das Glück seine Gabe an Finder und Grundeigenthümer vertheilt wissen wolle.

Diese Verfügung des Glücks zu Gunsten des inventor und des augenblicklichen dominus fundi entspricht aber zugleich, sowohl in subjectiver Richtung, wie objectiv in Bezug auf die Proportion und Größe der beiden Antheile der naturalis aequitas;[4]) beide Betrachtungs- und Begründungsweisen reguliren einander in beiden Punkten, die abstracte Form der erstern beruht auf der Basis der letztern und vermittelt und sichert deren praktische Verwendung für alle einzelnen Fälle und Beziehungen.

In Ausführung dieses wird bemerkt:

Auch für den dominus fundi bleibt der Umstand, daß der Schatz nicht früher oder später, sondern gerade zu der Zeit entdeckt wird, wo ihm eben die rechtliche Gewalt über das Grundstück zusteht, immer eine Auszeichnung des Glücks, welche letztere durch die Betrachtung, daß der Schatz aus dem seiner Gewalt unterworfenen Grundstücke erst entnommen wird, nur ein Relief und eine gewissermaßen objective Unterlage gewinnt, dem dom. fundi den Schein einer aus dem Eigenthum am Grund und

---

l. c. S. 117—130. Es sind 3 Perioden zu unterscheiden: 1) die Zeit bis nach Untergang der Republik, in welcher der Schatz muthmaßlich dem Grundeigenthümer zufiel; 2) die Zeit bis auf Kaiser Hadrian (nach Cujacius und Gothofredus irrthümlich bis Nerva), wo der Schatz als Regal des Fiscus galt, und 3) die spätere Kaiserzeit bis auf Justinian, von welchem nach langem Schwanken und vielfachem Zurückgehen seiner Vorgänger auf die Grundsätze der vorigen Periode endlich das Princip der Theilung des Schatzes zwischen Finder und Grundeigenthümer für das neuere Recht adoptirt wurde.

4) Gesterding, Lehre vom Eigenthum, §. 17, S. 99 f. Schwach in Haimerl's österreichischer Vierteljahresschrift f. R. u. St.-Wissenschaft. XII. Bd. 1. Heft, S. 130. Die Quellenstellen, in denen von der naturalis aequitas die Rede ist, insbesondere §. 39 I. II. 1, c. 2 Cod. Theod. 10, 18, Novella Leonina 51, beziehen sich freilich nur speciell darauf, daß der Schatz nun nicht mehr dem Fiscus, sondern dem Finder selbst zufallen sollte.

Boden hergeleiteten dinglichen Berechtigung, aber auch nur den Schein [5]) einer solchen verleiht.

Den Vorzug, den dieses objective secundäre Moment, welches so zu einem subjectiven principalen hinzutritt, dem dom. fundi in Bezug auf die Größe des Antheils am Schatze gewähren sollte, wird aber durch die relativ stärkere subjective Berechtigung des inventor völlig wieder ins Gleichgewicht gesetzt: da einentheils zwar nicht verkannt werden darf, daß die Auffindung an sich immer als eine von seinem Willen völlig unabhängige Thatsache erscheint, derenwegen er noch keinen Vorzug vor dem dom. fundi verdient, anderntheils jedoch in ihr ein directer Fingerzeig des Glücks, ein geradezu drastischer Hinweis auf die Person des Finders liegt, da ferner die Auffindung des Schatzes immer die Hauptsache bleibt, ohne welche das Recht des dom. fundi gar nicht zur Existenz gelangt.

Auf den Gesichtspunkt des donum fortunae wird in den Quellen nicht nur fortwährend hingewiesen, sondern er wird auch ganz allgemein, und ohne daß bezüglich des dom. fundi noch ein besonderer durchschlagender Gesichtspunkt, insbesondere der der Dinglichkeit, hervorträte, hingestellt.

So heißt es in l. 63 §. 1 D. 41. 1: „quia et thesaurus donum fortunae creditur" und in §. 3 l. c. „nemo enim servorum opera thesaurum quaerit: nec ea propter tunc terram fodiebat, sed alii rei operam insumebat, et fortuna aliud dedit." Die l. unica C. J. 10, 15 nennt den Schatz „ulterius dei beneficium" und c. 3 C. Th. 10, 18 spricht von denen „qui suadente numine vel ducente fortuna thesauros repererint". [6]) Ferner spricht von der Fürsorge des Glücks für beide Personen l. unica C. J. 10, 15 in fine: „Ita enim evenit (So will es das Glück),

---

5) L. 7 §. 12 D. sol. matrim. 24. 3: „quasi in alieno inventi" vgl. unten Anm. 9.

6) Auch bei Tacitus Lib. XVI. Annal. c. 2 findet man diesen Gesichtspunkt hervorgehoben: non enim solitas tantum fruges nec confusum metallis aurum gigni, sed nova ubertate provenire terram et obvias opes deferre deos, quaeque alia summa facundia nec minore adulatione servilia fingebant, securi de facilitate credentis.

ut unusquisque suis fruatur et non inhiet alienis“ sowie im Allgemeinen §. 39 I. II. 1 das Princip der Gleichheit der Rechte beider Personen in den Worten hinstellt: „et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium esse Caesaris statuit.“

Speciell muß man sich hiernach den Schatz als in der Herrschaft und Gewalt des Glücks befindlich denken, welches im Augenblicke der Auffindung über diese in den Rechten äußerlich als res nullius erscheinende Sache verfügt und sie zu Gunsten des inventor und des dom. fundi vertheilt, indem es den erstern als Werkzeug (bei der Schatzfindung) und als unfreiwilligen Repräsentanten (bei der Schatzerhebung) im Interesse des letztern figuriren und thätig werden läßt.

Mit dem Momente der ersten Auffindung wird für den Finder, wie für den Grundeigenthümer ein selbständiges, von den Handlungen des andern unabhängiges sachliches Recht auf den hälftigen Antheil begründet, und ist insbesondere der Anspruch des dom. fundi nicht noch durch das wirkliche Heben des Schatzes bedingt.

Nach l. 3 §. 4, l. 44 D. 41, 2. l. 15 D. 10, 4 verbunden mit l. 5 §. 1, l. 55 D. 41, 1 soll zwar nach Ansicht der meisten Schriftsteller Besitz und Eigenthum an dem gefundenen Schatze erst dann erlangt werden, si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra; allein in der That ist dieser Besitzerwerb eben nichts weiter, als eine Folgerung aus dem Anrechte, das durch die bloße Auffindung des Schatzes, also durch eine von ihrem beiderseitigen Willen völlig unabhängige Thatsache für beide Interessenten bereits erzeugt ist.[7]) Dieses Recht selbst (jus in rem) erleidet durch die nachfolgende einseitige Erhebung des ganzen Schatzes durch den Einen oder Andern von ihnen weder eine Verkümmerung, noch gewinnt es einen

7) Schon Koch a. a. O. Anm. 10 bemerkt: Das Finden, wenn es ein erlaubtes ist, nicht die körperliche Besitzergreifung gibt das Finderrecht, und das Finden ist es, welches den Anspruch auf ein Miteigenthum begründet, wenn das Finden die wirkliche Occupation durch den Finder oder durch den Grundeigenthümer zur Folge hat.

Zusatz; der Besitz verkörpert und objectivirt hier nur das Recht und vermittelt zwar die factische, keineswegs aber die bereits bestehende rechtliche Herrschaft.

Was aber die angezogenen Gesetzesstellen betrifft, so beziehen sich dieselben sämmtlich nicht auf einen wirklich herrenlosen Schatz, sondern auf einen solchen im fremden Eigenthum.

In der Hauptstelle:

l. 3 §. 3 D. 41, 2: „Neratius et Proculus solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero: quia, quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant, eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat, in fundo esse, non est verum: is enim, qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat: sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. Quidam putant, Sabini sententiam veriorem esse, nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra, quibus consentio."

sprechen für letztere Annahme:

1) der Umstand, daß jedes Wissen um den Schatz (und ein solches wird doch für das Wollen vorausgesetzt) den Begriff eines herrenlosen Schatzes geradezu aufhebt.

2) die Worte: „quia scit, alienum esse."

3) die Bezugnahme auf die Usucapion.

Nun hat zwar v. Savigny, das Recht des Besitzes §. 17, VI. Aufl. S. 264, Note 1 letzteres Bedenken durch die Behauptung beseitigt, daß vor Justinian zu aller Occupation noch Usucapion hinzugekommen; daß dagegen die Worte: „quia scit, alienum esse" sich nur auf einen Schatz im fremden Eigenthum beziehen können, hat auch er zugegeben, und ist er dafür, daß dennoch die ganze Stelle nicht ausschließlich von letzterem handele, die Begründung schuldig geblieben. Ich erkläre die Stelle so: Der Jurist nimmt 2 Fälle in Betracht, in welchen der Grund-

eigenthümer bei Detention des Grundstücks durch sein Wollen möglicherweise den Besitz eines darin befindlichen Schatzes erwerben könnte: 1) wo er um den Schatz weiß, aber ihn noch nicht aufgefunden hat, 2) wo er ihn aufgefunden, aber noch nicht ausgegraben hat. Im erstern Falle kann die allgemeine Kenntniß des Schatzes in Verbindung mit dem Wollen zu solchem Erwerbe unter allen Umständen nicht genügen, und auf diesen Fall gehen die motivirenden Worte: „is, qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat.“ Das „nescit“ bezieht sich nur auf den locus depositionis, auf den fundi angulus, in quo thesaurus reconditus est. Treffend bemerkt schon Bynkershoek, observat. VII. c. 1, S. 185: „Fac enim me possidere fundum centum jugerum, et forte scire, alicubi in eo latere thesaurum, ea scientia non sufficerit, cum possim frustra quaerere, nec ejus adprehendendi, ut velim, mihi potestas. Si haec adsit, id est, si de loco depositionis constiterit, tunc demum, inquit Paulus, erit sub custodia nostra, alioquin incertum quid possideremus et ignorantes, ubi sit, quod vitiat possessionem.“

Der zweite Fall wird durch das „sed si sciat“ eingeleitet. Hier würde nun an sich sein Wissen und Wollen in Verbindung mit der durch die Detention des Grundstücks gegebenen Möglichkeit der sofortigen factischen Einwirkung auf den Schatz dem Grundbesitzer allerdings den einfachen juristischen Besitz verschaffen und nur der Usucapionsbesitz ihm abgehen, „quia scit alienum esse“: allein Paulus läßt die bloße Möglichkeit der sofortigen factischen Einwirkung ausnahmsweise nicht genügen, sondern verlangt aus Opportunitätsrücksichten noch die körperliche Apprehension, die loco motio, „quia — scilicet ad hoc momentum — non sit sub custodia nostra.“

In den einzelnen so verschiedenen Fällen des justinianischen Rechts ist endlich auch in Betreff des dom. fundi der Grundsatz, daß ein Antheil stets ihm gebühre, niemals verlassen worden, und die scheinbare Ausnahme in der Bestimmung Hadrian's,

wonach der in religiosis locis [8]) gefundene Schatz dem Finder ganz gehören soll, widerspricht der Consequenz des Princips

---

8) An der Controverse, ob die l. 3 §. 10 D. 49, 14 (wonach die Hälfte der in sacris aut religiosis locis gefundenen Schätze dem Fiscus zufallen soll) dem §. 39 I. II. 1 (wonach ein solcher Schatz dem Finder ganz gehören soll) abrogire, haben sich fast alle älteren Schriftsteller von Bedeutung betheiligt, während die neueren sich mehr referirend verhalten. Auffallend ist, daß manche der letztern, wie v. Holzschuher und Arndts auf die Stelle in den neu aufgefundenen Institutionen des Gajus (II. §. 7), durch welche jener scheinbare Widerspruch zu Gunsten der Institutionenstelle des Justinian offenbar gehoben worden ist, keinen Bezug nehmen. Nach ihr:

„Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur; utique tamen ejusmodi locus, licet non si treligiosus, pro religioso habetur, quia etiam quod in provinciis non ex auctoritate populi Romani sacratum, est proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur."

würde die Vorschrift in den Institutionen die Regel, die der Digesten eine lediglich auf die loca religiosa zu beschränkende Ausnahme bilden. Unserer Ansicht nach aber bildet der Fall des Gajus nicht die einzige Ausnahme, vielmehr lassen sich jene beide Stellen schon auf Grund der Digesten mit einander vereinigen. Man nimmt in der wahren Fluth von Auslegungsversuchen, wie sie uns: Ortloff (F.): Commentatio juris Romani de thesauris, Erlangen 1818. S. 25—75 referirt, die schon von van de Water und nach ihm von Westenberg (princip juris sec. ord. Digestorum Lib. XLI. Tit. 1, §. 1, §. 51 (Ed. Berol. 1814 p. 709) aufgestellte Ansicht, daß in den Digesten die Worte „religiosisve" so viel als publicis religiosis bedeuten sollen, wieder auf, welche unseres Dafürhaltens von Ortloff l. c. S. 37 keineswegs genügend widerlegt worden ist. Wenn letzterer meint, daß in der Stelle der Basiliken, durch welche die van de Water'sche Ansicht bestätigt werden soll:

ἐὰν ἐν δημοσίῳ τόπῳ, ἢ ἀφωρισμένῳ εἰς ταφὴν ἢ μνημεῖον θησαυρὸς εὑρεθῇ, τὸ ἥμισυ τῷ δημοσίῳ διαφέρει (Lib. LVI, Tit. III. §. X.)

δημόσιος τόπος dem τόπῳ ἀφορισμένῳ εἰς ταφὴν ἢ μνημεῖον entgegensetzt sei, so ist dies zwar richtig; denn, um den Zwischensatz ἢ ἀφωρισμένῳ — εὑρεθῇ als dem δημοσίῳ τόπῳ untergeordnet aufzufassen und ihn zu übersetzen mit: „mag derselbe nun zu einem Grabe oder zum Grabesdenkmale ausgeschieden worden sein", müßte zweifellos das ἀφωρισμένῳ dem ἢ voran, oder dem μνημεῖον nachstehen. Dagegen bleibt es, selbst gegenüber der Thatsache, daß die Autoren der Basiliken nicht stets wortgetreu (κατὰ πόδα) übersetzt haben, immer bemerkenswerth, daß

einfach deßwegen nicht, weil die loca religiosa als res divini juris extra commercium waren.

Nach alle diesem kann es daher, wenn wir uns

II.

zur Betrachtung des Erwerbsmodus wenden, nicht erst die traditio des Finders sein, welche dem dominus fundi seinen dann nur persönlichen Anspruch an jenen vermittelt, wie

---

das technische Wort für religiosus vermieden und eine das monumentis alsbald mit umfassende Umschreibung gewählt worden ist. Sehr spricht gegen die Ortloff'sche Ansicht, daß in den Digesten „sacrum" vollständig fehlt. Die Behauptung: die Worte sacra et religiosa würden promiscue gebraucht, weil, wie Ulpianus ad edict. (fragm. 2 §. 19 D. 43, 8) sage: „sacris etiam insit religio", und die Beziehung dieserhalb auf Festus reicht gewiß nicht aus, und Ortloff selbst glaubt, daß der feststehende Unterschied einentheils zwischen sacrum, religiosum, sanctum und anderntheils zwischen monumentum, sepulcrum und cenotaphium (id e. inane sepulcrum fr. 2 D. 11, 7) den Divis fratribus gewiß bekannt gewesen sei und daher seine Ansicht mehr aus dem Geiste und Sinne, als aus den Worten begründet werden müsse. Eine offenbare Unrichtigkeit ist es ferner, wenn Ortloff meint, in den Digesten könne deßwegen von locis religiosis publicis nicht wohl die Rede sein, weil auch da religiosa loca und monumenta den publicis fundis entgegengesetzt würden. Die monumenta sind dort nicht den publicis, sondern lediglich den religiosisve entgegengesetzt. „Ve" aber kündigt die Parität und ganz gleiche Bedeutung der zusammengestellten Worte: publicis, fiscalibus religiosis(ve) an. Hiernach gelangt man aber zu der Ansicht, daß religiosisve nur im uneigentlichen Sinne zu nehmen ist und nur eine extensive Erläuterung, einen mehr oder weniger überflüssigen Zusatz zu dem vorangehenden fiscalibus vel publicis bildet, indem darunter nur solche publica loca zu verstehen sind, wohin man ohne Erlaubniß des Staates einen Todten begraben hatte. Solche Orte blieben zwar immer öffentliche und profane, weil ein Ort nur dann religiös werden konnte, wenn er dem Verstorbenen (l. 2 D. XI, 7) oder auch dem Begrabenden (l. 6 §. 4 D. 1, 2) gehört hatte. Sie wurden also nicht eigentlich divini juris mit den diesen eigenthümlichen Eigenschaften. Nichtsdestoweniger war doch, wie aus Ulpian. ad edict. l. 6 D. 1, 2 hervorgeht, verordnet, daß auch solche Orte insofern privilegirt und geweiht waren, als nur auf besondern Beschluß der Priester oder ausdrücklichen Befehl des Kaisers die dort beigesetzte Leiche wieder ausgegraben werden durfte, widrigenfalls gegen die öffentliche oder Privatperson, die solche herausgeworfen hatte, eine Injurienklage begründet war. —

Ulrich Huber, Prael. jur. civ. Tom. I. Lib. II. Tit. I. §. 29.

Gesterding, Lehre vom Eigenthume, §. 17, S. 99. (Vgl. auch Puchta, Pandecten, §. 154, Note c.).

Böcking, Pand. Bd. II. §. 150, Note 35.

Brinz, Pand. Bd. I. S. 193.

Seuffert's Archiv XI. 15.

annehmen, und wonach ja dem Finder, durch die sofortige Dispositionsbefugniß über den ganzen Schatz eine offenbare Bevorzugung gegen den dominus fundi auch rechtlich eingeräumt wäre.

Die meisten Schriftsteller, ältere wie neuere, huldigen deßhalb der Ansicht, daß der Anspruch des Grundeigenthümers dinglicher Natur sei und auf der accessio beruhe.

Walch, Introd. in controv. jur. civilis. Sect. II. cap. II. §. 7 p. 126.

Köchy, civil. Erörterungen S. 203.

Thibaut, Pand. 8. Ausg. §. 746.

Mühlenbruch, Pand. Bd. II. §. 254, S. 94.

Marezoll in der Gießener Zeitschrift Bd. VIII. Abth. IX. S. 370.

Selbst Keller, Pand. §. 125 (1861) vertritt noch diese Ansicht, die sich aber sicher nicht halten läßt.

Abgesehen von den schon von andern Schriftstellern angeführten Gegengründen, insbesondere, daß der Schatz doch niemals integrirender Bestandtheil des Grund und Bodens werde (Gesterding, a. a. O.; v. Brünneck in diesem Archiv Bd. 48, S. 98); daß ferner die accessio nothwendig den ganzen Schatz ergreifen müßte, (Gesterding a. a. O.; Schwach a. a. O.), muß weiter gefolgert werden:

1) Die Occupation des Finders würde, da sie der accessio und dem somit bereits an dem ganzen Schatze erworbenen Eigenthume der dominus fundi stets nachfolgt, geradezu wirkungslos sein und dem Finder höchstens einen persönlichen Anspruch an jenen auf Finderlohn gestatten.

2) Der Finder würde bei der Schatzhebung nur als negotiorum gestor für den dom. fundi handeln können, denn sonst machte er sich schon durch die bloße Besitzergreifung einer

wirklichen Eigenthumsverletzung schuldig; er müßte, wo er dies nicht sein wollte, in rechtlicher Consequenz den ganzen Schatz liegen lassen, und seinem Interesse entspräche es dann nur, Anzeige des entdeckten Schatzes an den dom. fundi zu machen und im Fall der Hebung durch letztern auf den Finderlohn persönlich zu klagen. [9])

Sonach ist der Gesichtspunkt der accessio unbedingt zu verwerfen.

Neuerdings bringt uns Schwach a. a. O. S. 132 dieselbe Ansicht, nur mit unwesentlich veränderter Begründung. Er meint, daß, wenn schon der Schatz als eine accessio im strengen Wortsinne allerdings nicht angesehen werden könne, doch andrerseits dem Eigenthumserwerbe an der Hälfte des Schatzes für den dominus fundi etwas der accessio Aehnliches zum Grunde liege, und zwar liege diese Aehnlichkeit darin, daß hier das Eigenthum mit Rücksicht darauf erworben werde, daß man das Eigenthum an einer andern Sache bereits hatte.

Schwach wird selbst zugeben, daß mit dieser Theorie nichts für eine feste juristische Gestaltung des Verhältnisses gewonnen ist; sie stellt kein einheitliches Band her zwischen den Rechten des dom. fundi und des inventor und läßt deren Verschiedenartigkeit in ihrer Starrheit bestehen, ohne zum Aequivalente einen genügenden Anhalt für die Abwägung der Intensivität beider Rechte zu bieten.

Die Hälfte des Schatzes gebührt auch, was das Princip selbst betrifft, sicher dem dom. fundi nicht schon deßhalb, weil das Grundstück schon vorher in seinem Eigenthum sich befand, sondern weil seine Person gerade im Augenblicke des Findens Eigenthümer ist.

Der Grundbesitz ist für ihn selbst keineswegs die nächste und principale Ursache, der innerste Grund des Schatzerwerbs,

9) Dagegen verträgt es sich mit dem Gesichtspunkte der accessio, daß der Finder im Falle seines auf den ganzen Schatz gerichteten animus domini schon durch die einseitige heimliche Erhebung und nicht erst durch die thatsächliche Disposition, durch das Ausgeben der andern Hälfte des gefundenen Geldes, ein Vergehen verübt.

sondern hauptsächlich, und zwar in seinem Verhältnisse zum Finder und diesem gegenüber, nur die Legitimation seiner vom Glücke bedachten Person. [10])

Läge das Recht des dominus fundi wirklich schon fertig in einem Zustande vor der Auffindung, wäre es schon realiter kraft seines Verhältnisses zum Grundstücke vollständig begründet, so müßte, wie hier wiederholt wird, in nothwendiger Consequenz dieser juristischen Unterstellung dasselbe sicher den ganzen Schatz ergreifen, und würde für den Finder nur ein persönlicher Anspruch auf Finderlohn übrig bleiben.

---

10) L. 7 §. 12 D. sol. matr. 24, 3:
Si fundum viro uxor in dotem dederit, isque inde arbores deciderit, si hae fructus intelliguntur, pro portione anni debent restitui. Puto autem, si arbores caeduae fuerunt vel cremiales, dici oportet, in fructus cedere: si minus, quasi deteriorem fundum fecerit maritus, tenebitur. Sed et si vi tempestatis ceciderunt, dici oportet, pretium earum restituendum mulieri: nec in fructum cedere, non magis, quam si thesaurus fuerit inventus; in fructum enim non computabitur, sed dimidia ejus restituetur, quasi in alieno inventi."
steht dieser Auffassung keineswegs entgegen. Papinian stellt hier den arbor vi tempestatis casa und den thesaurus, welche aus einem fundus dotalis herrühren, für die Frage des Erwerbs auf gleiche Linie; beide sollen nicht als fructus fundi betrachtet werden. Diese Gleichstellung ist insofern auffallend, als die sonstige juristische Natur beider Sachen durchaus nicht mit einander harmonirt: denn der arbor vi tempestatis casa bildete bis zu seiner Trennung vom Boden einen integrirenden Bestandtheil desselben und ist sein Erzeugniß, der Schatz ist Beides offenbar nicht. Das „non magis" identificirt somit keineswegs die rechtliche Natur beider Gegenstände, sondern läßt solche als heterogene bestehen. Die gemeinsame, dem Fruchtbegriffe widersprechende Beziehung liegt daher wohl darin, daß beide Sachen nicht durch eine natur- und ordnungsmäßige Ausbeutung der Hauptsache gewonnen worden sind.

Ist aber der Schatz weder pars, noch fructus fundi, so verwirft damit Papinian zugleich den dinglichen Gesichtspunkt vollständig und kann jenen nur als eine für sich bestehende selbständige Sache betrachten, die aus Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründen dem Grundeigenthümer mit zufällt. Als Eigenthümer des fundus dotalis soll aber, wenn ein Schatz darin gefunden worden ist, für den neuen Erwerb ausnahmsweise der Ehemann nicht gelten, sondern die Frau. Nur in diesem Sinne dürfte das „quasi in alieno inventi" aufzufassen sein, und bildet der ganze Fall eine Ausnahme von dem hier durchgeführten Principe.

Dies widerspricht aber entschieden dem §. 39 I. II. 1, wonach die Rechte Beider an Qualität und Quantität sich gleichstehen.

Nach unserer Ansicht nun muß, wie man von einer Einheit des Erwerbsgrundes ausgegangen ist, so auch an einer Einheit des Erwerbsmodus festgehalten werden.

Der Schatz fällt **unmittelbar durch die Auffindung** zur (ideellen) Hälfte dem Finder, zur Hälfte dem Eigenthümer des Bodens zu; die das Anrecht erzeugende Thatsache und der äußere Erwerbsmodus decken sich sachlich und zeitlich.

Zur Begründung dieser Behauptungen müssen wir auf den Begriff des Eigenthums zurückgehen.

Windscheid, Lehrb. d. Pand. §. 167 definirt dasselbe als das Recht, nach welchem der Wille einer Person für eine Sache die entscheidende Norm abgibt in der Gesammtheit ihrer Beziehungen; er nennt es (§. 37) ein Wollendürfen in unmittelbarem Bezug auf eine Sache.

Anknüpfend an diese den Gegenstand völlig erschöpfende Begriffsbestimmung wird weiter bemerkt: In abstracto reicht für die Erzeugung wie für den Erwerb des Eigenthums schon die Thatsache aus, an welche die objective Rechtsnorm die Totalität der Beziehungen einer Sache zur Person anknüpft; keineswegs ist an sich für den Erwerb noch der Hinzutritt irgend einer (weitern) Aeußerung des lebendigen Willens erforderlich. Das durch jene Thatsache erlangte Wollendürfen entscheidet allein, und es liegen sonstige Willensäußerungen, Apprehension, ja selbst die Kenntniß des Berechtigten von dem ihm zugefallenen Rechte regelmäßig ganz außerhalb der Sphäre der nothwendigen Voraussetzungen des Eigenthums.

Nun wird zwar wohl nach allen positiven Rechten, insbesondere aber nach römischem Rechte in vielen Fällen für den Erwerb noch eine zweite Thatsache vorausgesetzt, welche zu jener das Anrecht auf Eigenthum vermittelnden hinzutreten muß. Bei näherer Betrachtung sehen wir aber, daß nur bei solchen (ein- oder zweiseitigen) Rechtsacten die sachliche Nothwendigkeit oder Opportunität den Hinzutritt jener zweiten

Thatsache erheischen, bei denen das rechterzeugende Factum als ein Product menschlicher Thätigkeit sich darstellt, und daß selbst da diesen besonderen Willensäußerungen oft nur eine mehr formelle Bedeutung beiwohnt.

Wo hingegen Eigenthum durch einen natürlichen Proceß oder rein zufälligen Vorgang, völlig unabhängig von menschlicher Thätigkeit sich erzeugt, da bedarf es auch für den Erwerb desselben nicht noch des Hinzutritts einer besonderen Willensäußerung des Erwerbers; dann fallen regelmäßig auch die Thatsachen der Erzeugung und des Erwerbs in denselben Moment zusammen.

Die Erscheinung, daß ein Gegenstand ohne Besitzvermittelung und Willenserklärung Jemandem zu Eigenthum zufällt, finden wir im römischen Rechte nicht blos auf dem Gebiete des Erbrechts, z. B. beim Legat und Universalfideicommiß (l. 12 §. 1 D. 6, 1; l. 1 C. 6, 43), sondern auch beim Eigenthume unter Lebenden, aber nur auf letzteres Gebiet beziehen wir uns zum Belege für die vorangestellten Behauptungen.

Auf diesem Principe beruht zunächst der im §. 19 I. II, 1 erwähnte Fall:

„Item lapilli et gemmae et cetera, quae in litore maris inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt."

Es fallen hiernach am Meeresufer gefundene Edelsteine unmittelbar durch die Auffindung dem ersten Finder, nicht demjenigen, der gleich nach diesem sie erblickt und sich ihrer bemächtigt, zu Eigenthum selbst da zu, wo jener den Besitz daran nicht ergreift oder nicht ergreifen will — in diesem Falle gilt die Sache für den Occupanten als res derelicta — oder wo jener wegen mangelnden animus possidendi (Kinder, Wahnsinnige) den Besitz nicht ergreifen kann. Auf diesem Principe beruht ferner der Erwerb des alveus derelictus (l. 7 §. 5 D. 44, 1), der alluvio (l. 7 §. 1 l. c.), der avulsio (l. 7 §. 2 l. c.), der insula in flumine nata (l. 7 §. 3 l. c.) des partus animalium et ancillae, (§. 20 I. II. 1; l. 48 §. 5 D. 47, 2), der plantatio und satio [11]) (§. 31, 32 I. II. 1), die zufällige

11) Nicht die durch menschliche Thätigkeit bewirkte äußere Verbindung der Pflanze und des Saatkorns mit dem Grund und Boden, nicht der

Vermischung unscheidbarer Sachen (§. 27, I. II, 1) und endlich der Erwerb des Schatzes.

Dafür, daß weiter das Erforderniß der Apprehension bei der Occupation und selbst das der Besitzübertragung bei der Tradition vielfach nur auf Zweckmäßigkeitsgründen und nicht auf sachlicher Nothwendigkeit beruht, und daß somit da, wo selbst Opportunitätsgründe fehlen, auch jene besondern Erfordernisse für den Erwerb cessiren müssen, bieten die Quellen noch fernere Beispiele dar:

Bei dem Erwerb wilder Thiere müßte beispielsweise das Erlegen des Thieres in Verbindung mit dem animus possidendi für den Erwerb vollständig genügen, denn schon mit jenem Factum ist auch in den meisten Fällen die factische Möglichkeit der Aneignung (corpus) begründet; nichtsdestoweniger wird hier außerdem die (körperliche) Apprehension noch verlangt, weil bis zu diesem Augenblicke öfter „multa accidere possunt, ut eam non capiamus." l. 5. §. 1 D. 41, 1.

Nach l. 7 §. 3 l. c. wird zum Erwerb einer insula in mari nata Occupation erfordert und als Grund angeführt „quod raro accidit", während nach eben dieser Stelle weiter die insula in flumine nata ohne alle Besitzvermittelung den Flußanliegern schon durch das natürliche Ereigniß ihres Entstehens zufällt, „quod frequenter accidit".

Bei dem derivativen Erwerb leuchtet die Zweckmäßigkeit der Tradition ein, es genügt aber für den in manchen Fällen vorhandenen Mangel einer sachlichen Nothwendigkeit auf die

Act des Einstreuens und Anpflanzens Seitens des dom. fundi begründet etwa ein Anrecht auf Eigenthum, welches dann durch das Ersprießen des Saatkorns und Wurzelschlagen der Pflanze erworben wird, sondern dieser natürliche und organische Proceß allein bringt Beides und zwar neues Eigenthum hervor. Und bei dem partus ancillae erwirbt der Eigenthümer der ancilla durch den Act der Geburt das Eigenthum an dem partus selbst da, wo er weder an diesem noch an jener (der ancilla) den Besitz ergreifen kann, und wo er weder um die Conception noch um die Geburt des Kindes weiß (l. 48 §. 5, 6 D. 47, 2):

Ancilla si subripiatur praegnans vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonae fidei possessorem, sed in hoc posteriori casu furti actio cessat. Sed si concepit apud b. f. possessorem ibique pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit.

Ausnahme des constitutum possessorium hinzuweisen, wo die Willenseinigung als die nächste und einzige Thatsache erscheint, durch welche das Recht Person und Sache unmittelbar miteinander verknüpft, ohne alles körperliche Handeln des Erwerbers in Bezug auf die Sache selbst. Die Besitzübergabe selbst würde hier eine leere Formalität, weder sachlich nothwendig, noch für die Contrahenten opportun sein. In abstracto dürfte die sachliche Nothwendigkeit der Tradition ebenso bei allen sofort realisirbaren, bedingungslos abgeschlossenen Kauf-Verträgen über individuell bestimmte und im nächsten Gesichtskreis der Contrahenten befindliche Sachen fehlen, und hier der Eigenthumsübergang ebenso gut, ja noch zweckmäßiger schon an den Abschluß des Vertrags und die Zahlung des Kaufpreises, bei Creditirung des letztern nur an den Vertragsabschluß geknüpft werden: denn schon mit diesen Momenten wird der Käufer den Eigenthumswillen fassen, der Verkäufer ihn aufgeben. Der Eigenthumsübertragungsvertrag gilt also damit zugleich als stillschweigend geschlossen, weßhalb die nachfolgende Besitzübertragung oder Ergreifung nur als eine leere überflüssige Form erscheinen muß.

Es liegt nicht in der Aufgabe, die der Verfasser sich gestellt hat, die oben aufgestellten Behauptungen weitläufiger auszuführen; genug, daß aus ihnen die Annahme, daß der Schatz schon durch den Act der Auffindung in das ideelle Eigenthum des Finders und des Grundeigenthümers trete, resultirt, und diese Annahme entspricht eben so sehr der rechtlichen Natur des Rechtsgeschäfts als donum fortunae, als dadurch das Verhältniß zwischen den beiden Interessenten eine ebenso sichere wie einfache Basis erhält: auch besteht sie vor den Aussprüchen der Quellen vollständig.

Wenn wir nun aber einerseits den Besitz als ein für den Eigenthumserwerb des Schatzes juristisch nothwendiges Element nicht halten, sondern für etwas Accidentales und Unwesentliches, so ist doch andererseits nicht zu verkennen, daß das verschiedene Verhalten des Finders bei der Besitzergreifung einen Regulator abgibt, sowohl für den Umfang seiner Haftverbindlichkeit, als für die dem dom. f. gegen ihn zustehenden Actionen.

Für den regelmäßigen Fall nämlich, wo der Finder den

Schatz allein und ohne Zuziehung des dom. f. hebt, sind folgende Unterscheidungen zu markiren: Entweder hat der Finder bei der Miterhebung der andern Schatzeshälfte

1) die Absicht gehabt, negotia domini f. zu geriren, oder er hat

2) Niemanden vertreten, oder

3) den ganzen Schatz für sich erwerben wollen.

Letztern Falles hat wieder der Finder entweder

a. die Absicht des eignen Erwerbs ausdrücklich kundgegeben, oder

b. über die Absicht, die er mit der Bemächtigung verband, geschwiegen.

Im Falle sub 3. a. tritt eine Anmaßung des Besitzes ein; der inventor wird malae fidei possessor mit allen Wirkungen einer injusta possessio, insbesondere aber mit der Haftung für omnis culpa.

Da nämlich das Recht des dom. f. schon — aber auch erst — mit dem Augenblicke der Auffindung begründet erscheint, so kann die nachfolgende, im eignen ausschließlichen Interesse geschehene Erhebung des ganzen Schatzes durch den Finder dieses jus in rem des dom. f. nur verletzen, nimmer aber jenem ein auch nur provisorisches Verfügungsrecht erzeugen. Der Finder erscheint dann, wenn ein solcher parodischer Vergleich hier gestattet ist, gleich dem (hier nicht geheimnißvollen, sondern lebenswarmen) Agens im Göthe'schen Faust, das stets das Böse will (d. h. das Ganze für sich) und nur das Gute schafft (dem dom. f. wider seinen des Finders Willen dessen Recht erzeugt): m. a. W. als ein Werkzeug des Glücks in Ansehung und im Interesse des dom. f. Nothwendig führt jedoch der gemeinschaftliche Gegenstand (der Schatz) zum rechtlichen Verbande der communio in derselben Weise, wie wenn durch erbrechtliche Verfügungen eine Sache Mehreren übermacht worden ist. Auf den entgegenstehenden Willen des einen oder des andern Communionsinteressenten kommt nichts an: es genügt die Kenntniß des Einen von der Gemeinschaft zur Begründung der actio communi divid. für den andern Theil: l. 29, l. 14 D. h. t.: „in hoc judicium venit — ab eo, qui scit, se socium habere.“

In den Fällen sub 2. und 3. b. tritt ebenfalls Miteigenthum ein; der Finder erscheint hier als der unfreiwillige Repräsentant des dom. f.

Die Idee der unfreiwilligen Stellvertretung findet sich nicht blos bei Erwerb durch unfreie und unselbständige Leute, wie Sklaven und Haussöhne, sondern auch ohne juristische Gewalt bei Erwerb durch freie Leute praktisch durchgeführt: (l. 51 D. 5, 5; l. 41 D. 41, 3; l. 13 D. 41, 1; l. 1 Cod. 7, 32), und bleibt dieses Repräsentationsverhältniß in Fällen derivativen Erwerbs unter der Voraussetzung, daß der erklärte Wille des Tradenten auf den Vertretenen hinweist, selbst da ungeschwächt, wo die heimliche Absicht des Stellvertreters auf den eignen Erwerb geht. Dieses wichtige Princip hat die Wissenschaft der neuern Zeit durch richtige Erklärung der l. 13 D. 39,15:

„nam etsi procuratori meo hoc animo tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit, in sua persona, sed mihi adquirit"

vollständig außer Zweifel gesetzt (Savigny, das Recht des Besitzes, VI. Aufl. §. 26, S. 353, Note 1. Bremer, Zeitschrift f. Civilrecht und Proceß. N. F. Bd. 20, S. 25 ff.), nachdem schon der von Donell gemachte Versuch der Vereinigung dieser Stelle mit der scheinbar in Widerspruch tretenden l. 37, §. 6 D. 41, 1 gelungen war.

Es läßt sich nun recht wohl das, was für den derivativen Erwerb gilt, auch auf den concreten Fall nur äußerlich und scheinbar originären Erwerbs zur Anwendung bringen, und zwar deßhalb, weil man hier die fingirte Person des Glücks als Disponentin und Tradentin rechtlich anzusehen hat, welche im Augenblicke der Auffindung den Schatz dem Finder für sich und den dom. f. gewissermaßen übergibt.

Indem dann der Finder in den Fällen sub 2. und 3. b. diese Schatzeshälfte, die das Glück und resp. das Recht dem dom. f. zubilligt, stillschweigend miterhebt, ist auch äußerlich sein Wille manifestirt, für den letztern den Besitz mitzuerwerben. Er gerirt in dieser Hinsicht vor der Welt negotia domini f. Diese äußere Manifestation würde nun aber, auch wenn nicht schon die Auffindung dem dom. f. das Eigenthum verschaffte, einerseits jede rechtliche Wirkung einer etwa damit in Wider-

spruch tretenden gleichzeitigen oder später gefaßten heimlichen Absicht des Finders, für sich zu erwerben, beseitigen und einen solchen Aneignungsversuch des Finders als eine bloße Velleität erscheinen lassen, welche die Rechtssphäre nicht weiter verändert: „nemo sibi causam possessionis mutare potest"; anderseits wird diese negotiorum gestio den Finder nothwendig von jeder Haftpflicht außer für culpa lata befreien. [12]).

Was noch kurz die dem dom. f. zustehenden Klagen betrifft, so wird im Falle sub 3. a. sowohl die Rei vindicatio

12) Auch v. Brünneck in diesem Archiv Bd. 48, S. 97 hat den Besitzerwerb des dom. fundi unter dem Gesichtspunkte der unfreiwilligen Repräsentation durch den Finder aufgefaßt, jedoch diese Idee in Bezug auf den Schatz nicht weiter ausgeführt, sondern nur bezüglich des Wilderers, der das von ihm gefällte Wild dem Jagdberechtigten auf ähnliche Weise erwerben soll. Gerade in Bezug auf letzteren Fall dürfte jedoch diese Theorienicht passen.

Ich argumentire so:

Wie beim Schatzerwerbe die Auffindung das eigentlich rechterzeugende Factum ist, so bei der Occupation wilder Thiere das Erlegen. Das Wilderlegen selbst aber läßt sich nun entschieden nicht ohne ein gegen die Person des Jagdberechtigten begangenes strafbares Unrecht denken, und ebenso geht der Wille des Wilderers von Haus aus und stets ohne alle Ausnahme auf den alleinigen Erwerb. Es würde aber da, wo der Wille des Wilderers und die gemeine Auffassung seiner Handlungsweise bei der rechterzeugenden That entschieden keinen Zweifel gestatten, eine wahre logische Ungereimtheit sein, das factum subsequens (die Apprehension) trotzdem als in unfreiwilliger Repräsentation des Jagdberechtigten vorgenommen zu fingiren.

Durchaus irrt ferner v. Brünneck, indem er die unfreiwillige Repräsentation auch auf den originären Erwerb der Kriegsbeute angewendet wissen will und zu dem Zwecke aus den Quellen zu beweisen sucht, daß sie Eigenthum des Staats geworden sei, für welchen sie der Soldat nur adquirirt habe.

Die Beute, soweit sie aus Mobilien bestand, wurde nach den klaren Rechtsvorschriften der Römer regelmäßig nicht Eigenthum des Staates, sondern des sie occupirenden Soldaten. §. 17 I. 2, 1 spricht dies klar und deutlich aus:

„Item ea, quae ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt" (vgl. Mänzoll, Instit. §. 93, Keller, Pand. (1861) §. 239.) ebenso l. 5 §. 7 D. 41, 1 u. l. 20 §. 1 D. 49, 15, wo „publicari" sogar dem „praedae cedere" gegenübergestellt wird.

Die von Brünneck angeführten Stellen beweisen sicher nichts für seine Ansicht. Die eben citirte l. 20 §. 1 D. 49, 15 bezieht sich lediglich auf Grundstücke, wo also auch eine sofortige Vertretung des Staates über-

Platz greifen, als die actio communi dividundo, da es zur Begründung der letztern nicht unbedingt gehört, daß das Miteigenthumsrecht von beklagter Seite anerkannt sei, wie Puchta über die gerichtlichen Klagen S. 384 annimmt: vgl. dagegen oben S. 80: in den übrigen Fällen aber neben der Rei vindicatio noch die a. comm. divid. und die a. negotiorum gestorum in elective Concurrenz. In den Quellen selbst findet sich keine diese verschiedenen Klagen berührende Stelle, ja selbst in l. 3 D. 49, 14: „ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur" läßt der Ausdruck „vindicaretur" nicht entnehmen, welche Klage angestellt werden sollte, da derselbe eben so gut nur auf die Wirkung der a. comm. divid. gehen kann, die in dieser Beziehung die Vindication ersetzt: „pro vindicatione est", wie es von der Grenzberichtigungsklage heißt (l. 1 D. 10, 1) oder welche „vindicationis habet effectum", wie in L. 7 Cod. 8, 56 von der personalis actio der Mutter gesagt wird, welche eine Schenkung wegen Undankbarkeit zurückfordert.

haupt nicht erforderlich ist. In l. 31 D. 49, 14 verordnet der Kaiser Commodus zwar, daß das Vermögen der Geiseln sowie der Gefangenen jedenfalls zu Gunsten des Fiscus einzuziehen sei; allein es erhellt aus dem vorangestellten „obsidum" in Verbindung mit dem Ausdruck „bona esse cogenda" daß hier nur dasjenige Vermögen gemeint ist, welches nach der Abführung in Gewahrsam und in die Gefangenschaft im Besitze dieser Leute sich vorfindet. Auch in l. 13 D. 48, 13:

„Is, qui praedam ab hostibus captam subcipuit, lege peculatus tenetur et in quadruplum damnatur"

ist wohl nur von bereits in Verwahrsam des Staates gebrachten Beutestücken, worauf „subcipuit" deutet und muthmaßlich nur von öffentlichem Kriegszeuge die Rede, welche Ansicht mit der restringirenden Erklärung Höpfner's, Commentar §. 302, S. 316: es handle sich hier um Beute, die ein ganzer Trupp Soldaten gemacht habe, dem Sinne nach zusammenfallen dürfte, obschon begrifflich eine solche Gesammtheitseroberung Privatbeutestücke nicht ausschließt.

Fraglich dürfte nur bleiben, ob auch solche Privatmobilien, die nicht im Einzelkampfe gewonnen, sondern den von Andern verwundeten oder getödteten Feinden abgenommen worden waren, dem Beuterechte des Soldaten verfielen. Die Allgemeinheit, in der sich die Quellen ausdrücken, so: l. 13 D. 48, 13: „qui praedam ab hostibus captam....." l. 28 D. 49, 15: „si quid bello captum est, in praeda est" scheint allerdings gegen eine solche Unterscheidung zu sprechen.